

Morte no Trânsito: Culpa Consciente ou Dolo Eventual?*

José Henrique PIERANGELI*

• **SUMÁRIO:** Introdução – A importância da dogmática. 1 A teoria do delito. 2 O dolo e a doutrina. 2.1 Teoria da probabilidade. 2.2 Teoria do consentimento ou do assentimento. 2.3 Teoria da conformidade. 3 Teoria da culpa. 4 Dolo eventual e culpa consciente: distinção. 5 Dolo eventual, culpa consciente e acidente de trânsito. Conclusões. Referências bibliográficas

• **RESUMO:** Trabalho elaborado com base em um parecer que nos foi solicitado. Nele, a exemplo do parecer, são discutidos os pontos elencados a seguir: a importância da dogmática jurídico-penal para se concluir pela existência do crime; a conduta na teoria do delito – a manifestação de vontade; dolo direto e indireto (alternativo e eventual – teorias da probabilidade, do consentimento e da conformidade); teoria da culpa: a finalidade no crime culposos; culpa consciente e dolo eventual; dolo e culpa nos crimes de trânsito.

• **PALAVRAS-CHAVE:** Acidente de trânsito. Culpa consciente. Dolo eventual. Teoria da probabilidade. Teoria do consentimento. Teoria da conformidade.

Introdução – A importância da dogmática

A questão suscitada, para melhor compreensão, obriga-nos a fazer incursão, ainda que superficial, pelo estudo da teoria do delito, pois é aí, exatamente, que se encontra sua solução.

A dogmática jurídico-penal desenvolve a ciência do direito penal, que vai determinar a criação da jurisprudência, estabelecendo princípios e regras que orientarão as decisões judiciais diante de um fato concreto, ou seja, é dela que se extraem conclusões acerca da existência, ou não, de um crime. Em ocorrendo um fato que se estime delituoso, é na dogmática que se buscará o tipo em que se subsume a conduta do autor. Hassemer (1984, p. 250-251) dei-

xa bem claro: “a dogmática jurídico-penal busca a decisão de casos concretos mediante regras de decisão que podem ser generalizadas [...] a dogmática jurídico-penal não só está à disposição da atividade decisória prática dos juízes penais, mas também a dirige”.

Efetivamente, a ciência do direito penal, que preferimos denominar *saber do direito penal*, encontra seu ponto de concentração na dogmática. Sobre sua importância, com Zaffaroni (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2006, p. 144), escrevemos:

Atualmente, o método mais difundido no saber penal é o dogmático, a tal ponto que se costuma identificar a “ciência penal” com a “dogmática penal” [...] Traduzido numa forma mais sintética, o método dogmático consiste numa análise da letra do texto em sua decomposição analítica em elementos (unidades ou dogmas) e na reconstrução destes elementos em forma coerente, tudo o que produz como resultado uma construção ou teoria. A denominação de “dogmática”, devida a Ihering, tem um sentido metafórico, porque o intérprete não pode alterar esses elementos, devendo respeitá-los como “dogmas”, tal como lhe são revelados pelo legislador; o que é princípio básico deve orientar a tarefa da ciência jurídica: o intérprete não pode alterar o conteúdo da lei.

O método dogmático, portanto, significa estabelecer um ponto de partida, comum a todas as ciências, onde se diferenciam as proposições verdadeiras das falsas. O método dogmático permitirá

* Professor de Direito Penal e Procurador de Justiça em São Paulo (aposentado).

concluir-se por uma dessas proposições, isto é, a opção por uma proposição verdadeira ou por uma proposta falsa. Essa questão é comum a todo saber humano e a todas as ciências, da qual não se exclui, evidentemente, o direito e, como corolário, o direito penal. A ciência do direito que se constrói com a dogmática – dogmática porque seus elementos informadores devem ser respeitados como “dogmas” – forma um princípio a orientar o intérprete, vedada a alteração de seu conteúdo, porque este se identifica com a lei.

Também com Zaffaroni (op. cit., p. 145) tivemos a oportunidade de escrever:

Ao interpretar a lei dessa forma, a ciência jurídica busca determinar o alcance do proibido e desvalorado de maneira lógica (não contraditória), fornecendo ao juiz um sistema de proposições que, aplicado por este, torna previsíveis suas decisões e, por conseguinte, reduz a margem de arbitrariedade, e proporciona segurança jurídica, ainda que, por certo, a segurança jurídica não dependa da previsibilidade das decisões judiciais. Nesse sentido, é correto afirmar que a ciência jurídica “projeta a jurisprudência”.

Com este rápido intróito, queremos realçar que, em sendo aplicado o método dogmático, como se faz mister, nunca se poderá modificar a realidade das conclusões extraídas, porque se constitui em dogma e este é verdade indiscutível. O dogmatismo é uma doutrina que se assenta em verdades certas, perfeitamente comprováveis, princípios aceitos e indiscutíveis. Isto, aliás, deixou claro Rudolf von Ihering ao explicitar que a denominação dogmática possui um sentido metafórico, porque o intérprete não pode alterar os elementos que, de forma coesa, se extrai de uma decomposição analítica do texto, e da reconstrução desses elementos em forma coerente, de modo a produzir como resultado uma construção ou uma teoria. Essa decomposição analítica, e posterior reconstrução dos elementos, é que irá permitir a formulação de dogmas e de verdades inquestionáveis. É exatamente essa verdade que sempre deverá o aplicador da lei procurar.

A hora é de enfrentar a questão do *modus operandi* do método dogmático. No livro cuja auto-

ria dividimos com Zaffaroni (ibidem, p. 149-150), cujo trecho nos seja permitido aqui reproduzir, escrevemos:

Frente a um conjunto de disposições legais, o jurista comporta-se como o físico: deve tomar os dados, analisá-los, estabelecer as semelhanças e diferenças e *reduzir* o material com que opera, a um conceito único. Com essas unidades elabora uma construção lógica, que é uma teoria, em que cada uma dessas unidades ou dogmas, encontra o seu lugar e a sua explicação. Cumprida essa tarefa deve formular uma hipótese, a fim de averiguar se essa teoria funciona de conformidade com a totalidade do texto legal, isto é, se não há elementos que se encontram sem explicação, ou seja, se alguma parte do todo se contradiz. Esse último passo é exigido porque nenhuma construção pode entrar em contradição com o texto legal. Esse é o processo de verificação. A contradição não só não deve ser contraditada pelos textos, mas tampouco pode ela mesma ser contraditória. Em síntese, o jurista, como qualquer cientista, deve elaborar um sistema não contraditório de proposições cujo valor de verdade deve ser verdadeiro e que expliquem os fatos de um horizonte de projeção científico [...] Não podem ser atribuídos ao método dogmático os conceitos defeituosos que têm sido enunciados na ciência do direito penal. A dogmática é um método de conhecimento, mas a vinculação daquilo que deve ser conhecido não é uma questão que caiba ao método. Tampouco a dogmática leva a ignorar o elemento teleológico do direito [...] Considerando a ciência do direito penal somente o que hoje se encontra dentro de seu horizonte de projeção reconhecendo e valorando, adequadamente, o elemento teleológico e respeitando as inevitáveis conexões do direito penal com a realidade, a dogmática jurídico-penal “estabelece limites e constrói conceitos, possibilita uma aplicação do direito penal segura e previsível e o subtrai da irracionalidade, da arbitrariedade e da improvisação (Gimbernát Ordeig)”.

A exposição permite a extração de algumas consequências jurídicas. A primeira: não pode o intérprete deixar de aplicar o método dogmático; a segunda: com a aplicação do referido método, logra-se alcançar uma realidade cientificamente correta, maior precisão de conceitos; e a terceira: com a dogmática se cria um dique ao arbítrio, aos exageros, alcançando uma pureza e precisão nos conceitos que ela cria. Em outras palavras, compete à dogmática nos ensinar o que acontece na base do direito (ENGISCH, 1963, p. 3), e averiguar aquilo que, efetivamente, diz o direito.

De se concluir, em definitivo, ser a dogmática jurídico-penal o instrumento de averiguação do conteúdo do direito penal e de quais pressupostos deverão existir para que se invoque um tipo penal, a fim de se distinguir um tipo de outro e onde começa e termina uma conduta punível. Com isso, torna-se possível fixar limites e definir conceitos, possibilitando a aplicação segura do direito penal, limpando-o de toda irracionalidade, arbitrariedade e improvisação (GIMBERNAT ORDEIG, 1983, p. 27).

O professor da Universidade de Salamanca ainda esclarece que, onde menos desenvolvida estiver a dogmática, mais imprecisas serão as decisões dos tribunais, que ficarão mais dependentes do azar e de fatores incontrolláveis nas condenações e nas absolvições (op. cit., p. 27). Realmente, sem o adequado recurso proporcionado pela dogmática jurídico-penal, ou com o recurso de uma dogmática pouco desenvolvida, a decisão judicial se converte em loteria e, com esta, numa caótica aplicação do direito penal. Essa percepção não escapou a Roxin (1967, p. 626), que assim escreve: “onde estiver em jogo paixões humanas – e onde num processo penal elas não existem – a fonte mais obscura de conhecimentos é um sentimento jurídico não articulado conceitualmente”.

1 A teoria do delito

Evidente que não pretendemos – e isso nem seria possível fazê-lo aqui – escrever toda a teoria do delito. Mas, é impossível deixar de extrair qualquer conclusão válida sem que a examinemos, mesmo que perfunctoriamente. Salientamos que é exatamente por isso que o estudo da teoria do delito passa pelo método dogmático. É com base nesse

estudo que se vai determinar a classificação dos tipos, a distinção entre tipos cerrados e abertos, dolosos e culposos, ativos e omissivos, em que reside sua classificação conceitual mais importante.

O conceito de crime se assenta sobre a conduta, que se converte na sua “pedra angular”. A conduta, portanto, constitui uma concepção básica indispensável, em que se estrutura o conceito de crime, fazendo sobre ela recair os caracteres da tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade. Não existe, pois, delito sem conduta, e esta é composta por dois elementos indissolivelmente amalgamados: vontade e finalidade. Assim como não existe crime sem conduta, não existe conduta sem esses dois elementos.

A conduta constitui a exteriorização da vontade direcionada para alguma coisa. Não existe vontade dirigida para o nada; ela é sempre voltada para alguma coisa, para algo legítimo ou ilegítimo. Deve-se ter sempre uma direção, e a vontade, uma vez exteriorizada e direcionada para algo, implica finalidade. Também já dissemos que, quando falamos em vontade, referimo-nos a uma vontade final, pois só a concebemos nesse plano. Com meridiana clareza escreveu Alexandre Korn (apud PIERANGELI, 2006, p. 20): “Ação é a vontade atualizada na medida do nosso poder. O complexo da atividade psíquica termina em uma finalidade material”.

A conduta possui dois elementos também inseparáveis; se faltar um só deles, ela não existirá. Tais elementos são vontade e atividade, que Maurach (tomo I, p. 214, 1962) prefere estimar como vontade e manifestação da vontade. Uma conduta, portanto, para se tornar delito reclama dois momentos – um subjetivo e outro objetivo –, indissolivelmente unidos. É o que bem assinala Welzel (1976, p. 53), ao explicitar que a direção final de uma ação se faz em duas etapas: uma ocorre totalmente na esfera do pensamento e a outra, no mundo real.

Estudando essa manifestação, escrevemos:

A primeira, corresponde à antecipação; o propor-se ao fim que o autor quer realizar; a seleção dos meios da ação para a consecução do fim e a consideração dos efeitos concomitantes, que se constituem na etapa da programa-

ção cibernética. Na segunda, tendo em vista a etapa programada, efetua a sua ação no mundo real; põe em movimento, de conformidade com o plano, os meios de ação (fatores causais) escolhidos anteriormente, resultando o fim, juntamente com os efeitos concomitantes que foram incluídos no complexo total a realizar (PIERANGELI, 2006, p. 21).

Assim, só haverá conduta com relevância penal, quando a vontade se manifesta no mundo exterior. Se essa manifestação se direciona para a consecução de resultado que a norma quer impedir, ou para outra que se quer ver realizada, temos o dolo. Por conseguinte, dolo e finalidade só se diferenciam em grau, porque se colocam em patamares distintos. Se a finalidade permanece no mundo da permissão, ela continua a ser apenas finalidade, mas, se a finalidade se exterioriza, e se dirige contra um bem penalmente tutelado, ela se converte em dolo. Dolo, portanto, numa preciosa síntese de Zaffaroni, é a *finalidade tipificada* (ZAFFARONI, 1981, t. 3, p. 85). Só se pode, portanto, falar em dolo diante de uma proibição, disso resultando a impropriedade da expressão *dolo não valorado*, ou *dolo desvalorado*, mesmo porque o dolo está no tipo, e não na conduta ôntica, como aqui expomos e defendemos.

Conseqüentemente, salientamos que a usual expressão *vontade final* não deixa de ser uma tautologia, porque toda vontade pressupõe uma finalidade. Aqui reside, efetivamente, a essência da teoria finalista da ação, como salienta Richard Busch (1980, p. 11-12):

Com base em sua essência, a ação finalista é a realização de uma vontade plena de sentido, que está dirigida para lograr objetivos determinados, e que não se pode separar do conteúdo objetivo da ação, sem que esta, como fenômeno social, perca seu valor de realidade. A ação só pode ser entendida a partir dessa direção da vontade.

Observamos, desde logo, que também as teorias causais da ação reconhecem ser a finalidade um componente da conduta, mas por esta a consideração é feita em outros patamares, com outra visualização. Por tal razão, como adverte toda doutrina

moderna, também nos delitos culposos a conduta está orientada pela finalidade. Trata-se de uma finalidade não voltada para um fim ilícito, diversamente do que ocorre com o dolo, em que ela é encaminhada na direção de um injusto.

Muito embora se caracterize o dolo pelo querer o resultado típico, isto é, a vontade realizadora do tipo objetivo, sua existência reclama um conhecimento prévio. Por conseguinte, o querer do dolo pressupõe o conhecimento. O dolo significa, pois, uma vontade definida, e como toda e qualquer vontade, pressupõe um conhecimento determinado, isto é, um querer e um conhecer. Esse querer, portanto, está regido pelo conhecimento. Destarte, num caso concreto de homicídio, o dolo é o *querer matar um homem*, e isso pressupõe que se saiba ser um homem o objeto da conduta e, também, que a arma empregada causará o resultado querido (previsão da causalidade).

No *Manual* escrito com Zaffaroni (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2006, p. 144), conceituamos o dolo como “uma vontade determinada que, como qualquer vontade, pressupõe um conhecimento determinado”. Por conseguinte, o dolo abarca dois aspectos: o *conhecimento*, ou *aspecto cognoscitivo*, e o *querer*, ou *aspecto volitivo*. Mas sempre exige um conhecimento efetivo, atual ou atualizável; pelo que uma mera possibilidade de conhecimento, também chamado de *conhecimento potencial*, não pertence ao dolo.

Nesse sentido, numa bem formulada síntese, escreve Fernando Almeida Pedroso (1993, p. 379), que “o dolo não significa somente vontade dirigida, mas uma vontade que obteve toda uma estruturação prévia, que seguiu a todo um processo de formação pela inteligência e raciocínio. O dolo, portanto, não condensa unicamente o querer (simples manifestação da vontade), mais ainda o saber consciente”. Apenas de passagem, e para completar o raciocínio, acrescentamos que não se deve confundir um conhecimento efetivo com um conhecimento potencial, ou uma mera possibilidade de conhecimento. Esse conhecimento efetivo, e também o potencial da antijuridicidade, que a doutrina majoritária consagra, não constitui exigência do nosso Código Penal.

2 O dolo e a doutrina

A doutrina divide o dolo em dois grandes grupos: direto e indireto, este dividido em alternativo e

eventual. Certo é que existem outras classificações, como as de dolo de dano e de perigo, dolo genérico e dolo específico – esta uma classificação cada vez mais em desuso, em face de uma nova nomenclatura: a do elemento subjetivo do tipo ou do injusto. Para os fins deste trabalho interessa a primeira grande divisão.

Assim, o dolo é direto ou imediato, quando o resultado é diretamente querido pelo autor, isto é, o resultado é a conseqüência buscada pela ação desenvolvida pelo agente. A vontade é dirigida diretamente para a realização do fato típico ou, como explicita Puig Peña (1968, p. 256), “existe dolo direto quando o resultado corresponde à intenção do agente”. Tendo o nosso Código agasalhado a teoria da vontade, que se caracteriza por uma ação voluntária e consciente na direção do resultado, o dolo direto transparece claramente na primeira parte do art. 18, inciso I, do CP, ao dispor ser doloso o crime “quando o agente quis o resultado”.

O dolo indireto admite duas compreensões: dolo alternativo e dolo eventual. O alternativo, como o próprio nome indica, caracteriza-se por um querer revestido de resultados alternativos, satisfazendo-se o agente com um evento ou outro, *v.g.*, morte ou lesão. Numa linguagem coloquial, o dolo alternativo caracteriza-se por uma duplicidade de paixões, e qualquer uma satisfaz ao agente.

Interessa-nos aqui, por óbvias razões, o dolo eventual, conteúdo sobre o qual nos debruçaremos no desenvolver deste trabalho. Desde logo salta o lembrete de que o intérprete não pode deixar de estimar que o *dolo, antes de eventual, é dolo* (Fernando Díaz Palos) e, ainda, que, por razões de política criminal, determinou-se a colocação desse comportamento na senda do dolo (MUÑOZ CONDE, 1984, p. 58). Essa opção pelo dolo, ainda que o resultado não seja querido, repousa na circunstância de ter o causador uma representação da possibilidade de concreção do tipo penal.

O penalista argentino Enrique Bacigalupo (1985, p. 62), que atualmente compõe como magistrado a Suprema Corte de Justiça espanhola, informa que “o conceito de dolo eventual requer algo mais que a representação da possibilidade da realização do tipo penal”. E questiona ele: onde se pode encontrar o *em quê* nesse *plus*, que tanto vem sendo

discutido na doutrina e na jurisprudência? Assiste-lhe razão.

A doutrina ibérica, de nível superior, tem posto em evidência que o dolo eventual antes que eventual é dolo, isto é, exige um componente volitivo que se manifesta na aceitação do resultado (aceitar é querer) e ausência de consideração por um bem jurídico alheio. Daí a preocupação em ressaltar a palavra *dolo*, deixando em plano inferior a palavra *eventual*. Se dolo é, no eventual deve estar presente “uma situação psicológica impregnada de volição” (COSTA JÚNIOR, 1991, v. I, p. 84). A diferença, portanto, entre dolo direto e dolo eventual quanto à volição é apenas de grau. Esta afirmação, todavia, não responde a todas as nossas indagações e inquietudes.

Três são as principais teorias que procuram solucionar esse angustioso problema: teoria da probabilidade; teoria do consentimento ou do assentimento e teoria da conformidade. Vamos examiná-las, ainda que superficialmente, esperando que essa análise possa contribuir para a solução dos angustiosos problemas criados pelo dolo eventual, principalmente quando se estima sua existência em delitos cometidos em meio ao trânsito, que alguns preferem denominar delitos do automóvel, denominando esta, à evidência, inadequada, porque a máquina não pratica ação.

2.1 Teoria da probabilidade

Para a teoria da probabilidade, será reconhecido o dolo eventual quando o agente representa a possibilidade da realização do tipo como *provável* (vale dizer, quando a lesão do bem jurídico apresenta-se com um elevado grau de probabilidade), e mesmo assim a pessoa atua, pouco lhe importando o resultado que possa advir. A crítica que se faz a essa teoria é a de que o decisivo, em sede de dolo eventual, é que o agente tenha tomado a decisão de realizar um fato que implique uma lesão para um bem jurídico. Destarte, a mera representação da probabilidade de realização do tipo não é suficiente para que se possa creditar ao agente uma decisão querida, mesmo quando tenha ele atuado temerariamente pensando que, de todos os modos, o resultado não adviria (assim pensam, entre outros, Roxin, Rudolphi, Jakobs e Stratenwerth).

2.2 Teoria do consentimento ou do assentimento

De acordo com a teoria do consentimento, o reconhecimento do dolo eventual está muito além da representação, da possibilidade da produção do resultado típico, exigindo o seu assentimento interior à realização do resultado. Nessas circunstâncias, o agente demonstra uma indiferença diante da realização do tipo (teoria defendida na Espanha por Cerezo Mir, Quintero Olivares e alguns autores latino-americanos). Segundo Hungria, essa foi a teoria adotada pelo nosso Código de 1940, pelo que também é adotada pela legislação vigente. Contrapõe-se a essa teoria a dificuldade em se determinar – o que é essencial – a opção do agente pela decisão contrária ao bem juridicamente tutelado. Essa teoria fatalmente leva a uma inadmissível e absolutamente inaceitável presunção do dolo, incompreensível numa legislação penal estabelecida por um Estado de Direito, e se inclui, ou, pelo menos beira, a senda da inconstitucionalidade. Num Estado de Direito como o nosso, cuja Constituição estabelece a presunção de inocência e fixa como competência do Estado, como titular do poder-dever de punir, a obrigação de provar o fato que estime delituoso, nem dolo e nem culpa podem ser presumidos.

2.3 Teoria da conformidade

A teoria da conformidade e as demais teorias formuladas não têm a mesma significação na doutrina, mas não nos furtamos de examiná-la. Essa teoria, não aceita pelo nosso Código, na atualidade se apresenta como a menos contestável. Segundo ela, haverá dolo eventual quando o autor *tem em conta a possibilidade de causar uma lesão a um bem jurídico*, isto é, considera tal possibilidade e com esta se conforma (aceita o resultado). A teoria da conformidade, no dizer de Welzel, estima “a probabilidade de uma forma demasiado intelectualizada” diferenciando dolo e culpa pelo grau maior de indiferença do autor em face da probabilidade do resultado. Esta tese, que é defendida também por Paul Bokelmann, Jescheck e Cerezo Mir – e que também possui adeptos na nossa doutrina –, atribui ao dolo eventual uma abrangência maior. Na parte conclusiva deste trabalho, ao confrontarmos o dolo eventual com a culpa consciente, desenvolveremos com maior profundidade ambos os temas, oportunidade em que

procuraremos concluir se determinado fato típico constitui crime doloso ou culposos.

Preocupamo-nos em, desde logo assinalar, que todas as teorias apontadas não estão isentas de críticas e que, de certa maneira, essas dúvidas e ausência de resultados práticos conduzem o estudioso do direito penal a novas investigações, no sentido de se atingir um grau de acabamento que permita assegurar o direito humano de liberdade. Este pormenor, com conclusões semelhantes, é ressaltado por Pagliaro (1972, p. 278), professor na Universidade de Palermo, para quem as principais teorias elaboradas em torno do dolo eventual não são consideradas aceitáveis:

Come se vede, dunque, tutti i tentativi di trovare per il dolo eventuale una sistemazione dogmatica, la quale sia in armonia con la teoria generale del reato, appaiono privi di qualsiasi validità, perchè in ultima analisi distruggono, direttamente o indirettamente la categoria stessa. In altri termini, o pongo requisiti tali, da rendere senz'altro impossibile la configurazione, oppure si limitano a richiedere presupposti così elementari, che non soltanto sarebero incapaci di giustificare la valutazione di un comportamento come doloso, ma, da soli, non caratterizzerebbero il comportamento neppure come colposo. Quanto alle teorie minori (della speranza, della fiducia, della *Gesinnung*) formulate al fine di tracciare i caratteri differenziali tra il dolo eventuale e la colpa cosciente, esse peccano tutte per difetto di fondazione. Non viene chiarito, infatti come mai si possa definire il dolo come volontà criminosa e poi ammeterlo sulla base di entità psichiche diverse.

A lição do mestre peninsular nos leva às sábias ponderações de Jescheck (1981, t. II, p. 782), considerando, com toda justiça, um dos maiores penalistas da atualidade:

[...] la imprudencia no es, como antes se pensaba generalmente y aún hoy se enseña con frecuencia, una mera forma de culpabilidad al lado del dolo, sino un *especial tipo de*

acción punible que manifiesta una estructura peculiar tanto en el ámbito del injusto como el de la culpabilidad.

As lições dos dois eméritos professores harmonizam-se, completam-se e seguem numa mesma direção, apontando dificuldades. Um, por não encontrar na doutrina solução válida para o tormentoso problema; o outro, por apontar um novo caminho, bem diverso daqueles percorridos pelas teorias analisadas. A teoria do dolo eventual certamente demandará ainda muitas investigações e espera-se que, um dia, se possa chegar a um porto seguro visando à efetiva garantia dos direitos individuais de liberdade.

Por ora, pois, podemos admitir a existência do dolo eventual quando o resultado típico está abrangido pela vontade realizadora. E essa vontade deverá apresentar-se na conduta em que se demonstre de maneira irretocável total desprezo pelo bem jurídico alheio, que restaria evidente por meio das expressões *que me importa, azar dele*, e outras equivalentes. Por conseguinte, se é bem verdade que, em alguns pontos, o dolo eventual transparece com ampla nitidez nos casos de lesões de direitos pessoais (lesões e mortes), nos crimes realizados em meio ao trânsito sua adoção quase sempre leva à estupefação.

3 Teoria da culpa

A teoria da culpa, como sobejamente sabido, é de criação mais ou menos recente. No início assentava-se nos conhecimentos auridos de Carmignani e, mais tarde, principalmente, de Francesco Carrara. Depois ganhou novos e melhores contornos conceituais com o advento de critérios delimitadores do dever de cuidado objetivo, hoje quase totalmente aceito e reconhecido por toda a doutrina moderna, sempre sem perder de vista que, em meio às atividades do homem no mundo em que vivemos, se desenvolvem ações socialmente perigosas. Não se pode também deslembrar que uma “proibição absoluta impediria a própria vida social, donde a necessidade de se estabelecer critérios delimitadores do cuidado objetivo exigido, nos limites dos quais é permitida a realização de ações perigosas, viabilizando, assim, o fluxo da vida social” (SANTOS, 1985, p. 168).

Ao se considerar o critério do risco admitido e a inobservância do cuidado objetivo, entra-se inexoravelmente no domínio do crime culposos quando, em razão de conduta, decorrer um resultado antijurídico. Com os conceitos já formulados, compreende-se, de maneira clara, existir uma imprecisão das linhas divisórias entre o dolo eventual e a culpa consciente podendo-se transpor, quase de forma inadvertida, as linhas limítrofes das duas formulações, entre as quais se abalança a indispensabilidade da realização da justiça penal. Nunca será demais ressaltar que a teoria do crime culposos só ganhou maior consideração e melhor estudo a partir do advento das máquinas.

O crime culposos, apesar dos estudos e meditações dos doutos, continua a ser um dos mais áridos e intrincados problemas da dogmática jurídico-penal. Desconhecido sob angulação cientificista em toda a antiguidade, e sem merecer um estudo mais profundo dos *práticos* da Idade Média, como já noticiado, só a partir de Carmignani, e principalmente de Carrara, foi que a teoria do crime culposos ganhou conceito científico da maior importância, fundamentado na previsibilidade, dando origem a teoria homônima. Essa teoria representou um passo enorme na conceituação da culpa, e passou a compor todas as obras de direito penal a partir daí, para, em seguida, estruturar a jurisprudência de vários países, inclusive do nosso.

A teoria da previsibilidade, segundo o magistério do próprio Carrara, fundamentaria, de maneira decisiva, a culpa, isto é, na previsibilidade encontrar-se-ia a essência da culpa, entendimento que alguns autores modernos, para nós com precipitação, desprezam, para se concentrarem, apenas e exclusivamente, no aspecto objetivo trazido pelo descumprimento do dever de cuidado. Inaceitável, para nós, esse desprezo pela teoria da previsibilidade, porque ela vai compor o arcabouço teórico da tipicidade subjetiva do crime culposos. E é assim, com roupagem nova e igual estrutura, que ela aparece entre alguns autores modernos, como a possibilidade de antecipar mentalmente um evento, que quase sempre se liga à inevitabilidade do resultado. Não há por que negar que a previsibilidade condiciona o dever de cuidado, uma vez que quem não pode prever não

tem a seu cargo o dever de cuidado e, assim, não pode violá-lo. Essa conclusão nos leva a estabelecer que a previsibilidade deve ser admitida de conformidade com a capacidade individual, sem que para isso se recorra a critérios acientíficos, como o do *homem médio*, *homem normal*, *diligente pai de família* etc., ou mesmo a um *critério de normalidade*. Um eletricitista pode prever com maior acurácia do que um leigo o risco que acarreta um fio solto, e aquele que tem em seu automóvel um dispositivo que lhe permite prever acidentes que, sem ele seriam imprevisíveis, tem dever de cuidado maior do que aqueles que não possuem tal aparelho, ainda que apenas um veículo em mil o possua (MEZGER-BLEI, 1949).

O tipo culposo, ao contrário do doloso, não individualiza a conduta pela finalidade, e sim pela forma como se alcança essa finalidade, e dessa maneira se viola um dever de cuidado que, numa mesma situação, a todos obriga, tornando-se, destarte, igualitário. Daí explicitar o art. 18, inciso II, do CP ser culposo o delito “quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia”, que são as formas pelas quais o causador do evento pode descumprir o dever de cautela. Note-se que a circunstância de não ter o tipo individualizado a conduta a partir da finalidade não significa, em absoluto, não ter sido ela objeto de consideração.

A conduta também no crime culposo é orientada pela finalidade, mas esta não se reveste das mesmas características que apresenta o tipo doloso. Na culpa, a finalidade só servirá para indicar o nível ou grau de reprovabilidade que deve recair sobre a conduta, porque ela não se dirige concretamente para um injusto. Já tivemos oportunidade de escrever com Zaffaroni (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2006, p. 442), “que no aspecto cognoscitivo do tipo subjetivo culposo, há um conhecimento “potencial”, isto é, uma possibilidade de conhecimento, não sendo requerido um conhecimento efetivo como ocorre no crime doloso”. Esse conhecimento potencial, para que se possa validamente reconhecer a culpa, deve ser provado de modo exaustivo. No crime culposo, não bastam conjeturas, indícios ou presunções, porque estas por si só não podem levar a um juízo de culpabili-

dade. A culpa, como o dolo, não se presume; ao contrário, deve ficar efetivamente comprovada.

É indispensável também que o resultado decorra do descumprimento do dever de cautela que competia ao seu causador, isto é, que exista um vínculo real entre a conduta descumpridora do dever de cuidado e o resultado. Se tidos como suficientes para um juízo de culpabilidade, apenas uma conduta violadora do cuidado e um resultado material, sem a existência de um vínculo entre os dois, isto é, uma relação de causa e efeito, como inadvertidamente transparece em alguns julgados, qualquer condenação significará a aplicação do princípio do *versari in re illicita*, ou seja, o reconhecimento e adoção da odiosa responsabilidade penal objetiva, um retorno às legislações primitivas, como o Código de Hamurabi (arts. 228 e 229). Portanto, objetivamente, a culpa é a produção de um resultado típico não querido, mas perfeitamente evitável, se cumprido fosse o cuidado requerido. Aqui encontramos o *punctus saliens* do crime culposo, no qual o dever de diligência é a *idéia-valor*.

No entanto, nem sempre essa vinculação tem sido bem compreendida por parte de nossa doutrina, e essa incompreensão tem, muitas vezes, se refletido na jurisprudência, com sobrevalorização, por esta, do descumprimento de uma norma administrativa, sem dúvida importante, e que pode assumir significação, mas que não pode ser erigida em violação de um cuidado, apto para, por si só, alicerçar um juízo de culpabilidade. Tal conclusão pode ser válida para o chamado direito penal administrativo, mas não pode justificar uma sentença penal condenatória.

As atividades regulamentadas e o recurso à natureza das coisas servem, ou podem servir, como maneiras de descumprir do dever de cuidado, e indicar, quando muito, a finalidade dessa conduta. Uma infração administrativa não constitui delito, mas, à evidência, pode ser “um *plus* da imprudência” e dela resultar uma forma de culpa mais grave, que na doutrina espanhola se denomina *culpa temeraria* (ver, por todos, RIPOLLÉS, 1958, p. 284). No nosso Código Penal, ao contrário do Código italiano que lhe serviu de modelo, a inobservância de regras regulamentares não constitui delito. Na le-

gislação peninsular, além da negligência, imprudência e imperícia, o delito culposo pode decorrer *per inosservanza di leggi, regolamenti o discipline* (art. 43). O nosso Código nesse passo afastou-se do modelo italiano, mesmo porque essa ampliação significaria uma clara presunção de culpa (Exposição de Motivos do Código de 1940, n. 13).

Com isso chegamos aos graus da culpa. A doutrina, ainda apegada à classificação do direito romano, costuma dividir a culpa em grave, ou lata, leve e levíssima, mas tal classificação não consta do nosso Código, e será apenas considerada pelo juiz na individualização da pena. A culpa consciente, na qual se finca o nosso interesse, evidentemente pode ser inserida na culpa grave, por ter o causador do evento previsto a possibilidade do resultado lesivo e mesmo assim desenvolvido a conduta. Mas essa não é uma conclusão sempre aceitável; contrariamente, às vezes, ela vem desmentida. Köhler (apud HUNGRIA, 1995, v. 1, t. 2, p. 199) salienta que “mais culpado é aquele que não cuidou de olhar o caminho diante de si em cotejo com aquele que teve esse cuidado, mas credulamente se persuadiu de que o obstáculo se afastaria ‘a tempo’”. Anota Hungria (op. cit., loc. cit.), que remonta a Feurbach “a construção teórica do *discrime* entre duas variantes de culpa, para reputar-se à culpa consciente (*bewusste Fahrlässigkeit*) um *plus* em relação à culpa inconsciente (*unbewusste Fahrlässigkeit*), mas esse critério não passa de um apriorismo, competindo ao juiz, no caso concreto, individualizar a pena. (Esta solução, entre nós, já transparece no Projeto Sá Pereira e passou a formar tradição no nosso direito penal.

4 Dolo eventual e culpa consciente: distinção

Estamos, agora, diante de um dos mais árdios problemas da dogmática jurídico-penal. Mesmo em teoria, a diferenciação não é fácil. Na prática, é quase sempre impossível. É sob este prisma que iremos complementar este trabalho.

Muitos autores sustentam não existir diferença substancial entre culpa consciente e dolo eventual. Entre estes, Aníbal Bruno relaciona Enrico Ferri, Binding, Liszt-Schmidt, Mezger, Sauer, Alfeld-Mayer e Carrara. Alguns estabelecem nem mesmo ocorrer diferença significativa entre a culpa consciente e a

culpa inconsciente. Entre esses autores, avulta o nome de Giuseppe Maggiore (1949, v. 1, tomo primo, p. 469), docente na Universidade de Bolonha, onde ensinava que o previsto é sempre previsível, porque a previsão inclui a previsibilidade, e o previsível e o previsto constituem momentos de um mesmo processo psicológico.

Edmundo Mezger (*Revista de Derecho Privado*, 1949, t. II, p. 190), na mesma linha do já citado Köhler, preconiza uma pena mais gravosa em casos de culpa inconsciente:

La ley no conoce, en general, *grados* de la culpa. En especial, la distinción entre culpa consciente e inconsciente sólo representa una aclaración conceptual, pero no una gradación de la culpa con arreglo a su valoración jurídico-penal; en el caso concreto, puede suponer la culpa consciente un reproche de menor cuantía que la culpa inconsciente.

Esta é também a opinião de Rodríguez Devesa (RODRÍGUEZ DEVESA; SERRANO GÓMEZ, 1993, p. 482-483) ao ponderar que

[...] una total despreocupación, la inconsciencia, puede ser más grave que si el sujeto pondera las dificultades del caso, y se decide a actuar pensando erróneamente, acaso con razón, que la probabilidades de que se produzca el evento dañoso son tan pequeñas que seguramente no ocurrirá.

Essas manifestações conduzem a uma conclusão de magna importância: na doutrina, não obstante os esforços despendidos pelos doutrinadores, persistem dúvidas significativas quanto a estabelecer uma sólida, conclusiva e segura diferenciação entre culpa inconsciente (ou sem previsão) e culpa consciente (com previsão). Essa imprecisão doutrinária, evidentemente, teria de produzir, como de fato produz, insegurança na jurisprudência.

Numa linha de raciocínio que, de certa maneira, indica a imprestabilidade das soluções preconizadas, Jescheck (1981, t. II, p. 782) aponta um novo caminho para a teoria da culpa, ao afirmar que

[...] la imprudencia no es, como antes se pensaba generalmente y aún hoy se enseña con frecuencia, mera forma de culpabilidad al lado del dolo, sino un *especial tipo de acción punible* que manifiesta una estructura peculiar tanto en el ámbito del injusto como el de culpabilidad.

Considere-se que o professor germânico adota a teoria social da ação, daí posicionar o dolo na culpabilidade.

Nesse labirinto em que se converteu a teoria da culpa (em sentido estrito), vamos analisar algumas opiniões formuladas. Reiteramos que, diante da inexistência de critérios legais, é na dogmática que o juiz deve buscar a solução para um problema concreto, preocupando-se em fugir da responsabilidade penal objetiva, isto é, do princípio *versari in re illicita* (GRAF ZU DOHNA, 1958, p. 84) e fixar-se nas regras de cuidado, cuja inobservância determina prejuízos a bens jurídicos (Goessel, 1984, p. 18).

Não será demasia, assim acreditamos, transcrever as ponderações de Hans Welzel (1976, p. 100), pela sua reconhecida autoridade na dogmática penal moderna, como verdadeiro sistematizador da teoria final da ação:

Delimitar el dolo eventual de la culpa consciente es uno de los problemas más difíciles y discutidos del Derecho Penal. La razón de esta dificultad está en que el querer es fenómeno anímico originário-último, que no puede ser reducido a otros procesos anímicos – ni emocionales, ni intelectuales – y que por ello solo puede ser circunscrito pero no propiamente definido.

Diante das dificuldades em estabelecer a distinção que se pretende – e que continua candente no campo dos estudos –, e na esperança de que um dia se consiga criar um critério seguro, procuraremos sistematizar as opiniões que exurgem nas doutrinas nacional e estrangeira. Essa tarefa tem por finalidade possibilitar uma solução no caso concreto, até porque, na medida em que se aprofunda no estudo do tema, as dificuldades assomam. Esclarecemos que muitas das opiniões estão lastreadas na teoria causal da ação, razão pela qual se faz referência à culpa como

componente da culpabilidade, numa linguagem que escapa do critério que adotamos, porque entendemos que a culpa e o dolo compõem o tipo subjetivo. Todavia, sob qualquer angulação que se examine a culpa consciente, não se pode ignorar que quanto ao tipo subjetivo, pela ocorrência de um perigo concreto e um agir inobstante, esse conhecimento, ainda que o causador do evento não queira nem mesmo minimamente a produção do resultado, ocorre o desvalor subjetivo de sua conduta.

Na Espanha, Muñoz Conde escreve que

[...] en el dolo eventual el sujeto se representa el resultado como de probable producción y, aunque no quiera producirlo, sigue actuando, admitiendo la eventual producción. El sujeto no quiere el resultado, pero “cuenta con el”, “admite su producción”, “acepta el riesgo”, ecc. Con todas estas expresiones se pretende describir un complejo proceso psicológico en el que se entremezclan elementos intelectuales y volitivos conscientes e inconscientes, de difícil reducción a un concepto unitario de dolo o culpa. El dolo eventual constituye, por lo tanto, la frontera entre el dolo y la imprudencia o culpa y dado el diverso tratamiento jurídico de una y otra categoría es necesario distinguirlas con la mayor claridad. (MUÑOZ CONDE, 1984, p. 58-59)

Essa exigência de se fazer uma distinção da maior clareza decorre não só da competência profissional que o mundo lhe outorga, mas também de sua sólida cultura humanística e respeito pelo direito humano de liberdade. Uma preocupação que, na distinção entre dolo eventual e culpa consciente, se reflete nas dúvidas que envolvem a doutrina do país ibérico. As dúvidas transparecem nas obras de consagrados autores espanhóis. Puig Peña (1969, t. I, p. 275) assinala essas dúvidas e indica as dificuldades que se apresentam para se estabelecer a adequada distinção entre dolo eventual e culpa consciente, mostrando que isso ocorre inclusive na doutrina majoritária. Nesta se “sostienen la existencia de la culpa con previsión, no obstante las dificultades que en ocasiones se presentan para distinguirlas”. Nesse sentido, a manifestação de Francisco Muñoz Conde e Gimbernát Ordeig, escrevendo este último que

“las dificultades para trazar las fronteras entre dolo eventual e imprudencia han condicionado una jurisprudencia vacilante que unas veces utiliza la teoría de la probabilidad y otras la del consentimiento” (MUÑOZ CONDE, op. cit., p. 60; GIMBERNAT ORDEIG, 1979, p. 46 e ss.).

Dessas já anotadas incerteza e imprecisão que envolvem o tema em estudo, resultam a insuficiência e a imprestabilidade das teorias construídas no sentido de diferenciar dolo eventual e culpa consciente, até porque as duas teorias principais formuladas em torno do dolo eventual (voluntarista e da representação) não podem ser consideradas aceitáveis, como acentuou Antonio Pagliaro.

Como já tivemos oportunidade de observar, a diferença entre dolo eventual e culpa consciente é apenas de grau, porque em ambos ocorre a representação do resultado e a conduta opera-se com subjetividade diversa. Portanto, diferenciam-se por um *quantum de previsão*, como foi bem observado por Ferrando Mantovani (1995, p. 355):

[...] a) nella colpa cosciente *il quantum di previsione*, variando il grado della colpa a seconda che l'evento sai previsto come scarsamente, mediamente o altamente probabile: tant'è che, se l'agente lo prevede come certo, si passa al dolo eventuale; b) nella colpa inconsciente, il quantum de previsibilità, dell'evento.

Note-se que o professor da Universidade de Florença realça que da culpa só se passa para o dolo eventual quando o agente prevê como *certo* o resultado e o vocábulo *certo*, na língua italiana, tem o mesmo sentido da língua portuguesa, significando verdadeiro, exato, evidente, coisa certa.

Na doutrina nacional, Aníbal Bruno (1959, t. 2, p. 92/93) salienta ser quase imponderável a linha que separa o dolo eventual da culpa consciente, ou seja, uma circunstância indefinível que assume significação. Diz, textualmente, o mestre pernambucano:

Ao lado desta (culpa inconsciente), construiu a doutrina a chamada culpa consciente, em que o resultado é previsto pelo agente, embora este sinceramente espere que ele não aconteça. A culpa com previsão representa um passo a mais

da culpa simples para o dolo. É uma linha quase imponderável que a delimita do dolo eventual. Neste, o agente não quer diretamente o resultado, mas aceita o risco de produzi-lo. Na culpa com previsão, nem esta aceitação do risco existe, o agente espera que o evento não ocorra.

Nélson Hungria afiança ter o Código adotado a teoria do consentimento, e preleciona que, “no ponto de vista do Código, *assumir o risco* é alguma coisa mais do que ter *consciência de correr o risco*; é consentir previamente no resultado caso venha este, realmente, a ocorrer” (1955, t. 2, v. I, p. 119). A lição de Hungria, reconhecidamente um dos maiores penalistas que nosso país produziu, é de extrema precisão, até porque foi ele um dos grandes cultores da nossa língua. Realmente, há que se distinguir as situações, porque assumir o risco de produzir um resultado é bem mais do que correr o risco de esse resultado ser produzido. Assumir significa, no vernáculo, tomar sobre si, ou para si, avocar (FERREIRA, 1986, p. 187, verbete *assumir*). Correr o risco é admitir o risco, é senti-lo presente, é expor-se a ele. Portanto, assumir é querer, é aceitar, é incorporar. No dolo eventual, portanto, na lição de Hungria, o agente quer (indiretamente), o resultado, incorpora-o voluntariamente ao seu querer.

Ainda na doutrina pátria, Magalhães Noronha (1966, p. 78) salientou as sérias dificuldades em diferenciar a culpa consciente do dolo eventual, certo que “muitos acham difícil extremá-los”. O autor, contudo, faz uma diferenciação, num posicionamento que se tornou bastante difundido na nossa doutrina: há dolo eventual quando o agente, prevendo o resultado, embora não o querendo, aceita-o, porque assume o risco de produzi-lo (ibidem). A doutrina mais recente, ainda nessa direção, assinala que no dolo eventual o agente atua com total desprezo pelo bem jurídico alheio, dizendo para si: se o resultado advier, “que me importa”, “azar dele”, “que se dane”. Portanto, para o reconhecimento do dolo eventual não basta que tenha o agente a consciência de que sua conduta pode causar dano a um bem jurídico alheio; o dolo eventual reclama uma atuação em que se manifeste uma indiferença em relação ao resultado. Juarez Tavares (1999, p. 199 e ss.), nessa linha de exposição, escreve que só haverá

assunção do risco quando o agente tiver tomado como séria a possibilidade de lesar ou colocar em perigo o bem jurídico; não poderá servir de ponto de apoio essa indiferença e, pois, quanto ao dolo eventual não basta a simples dúvida, ou a simples possibilidade, ou a simples decisão acerca da ação.

Com Zaffaroni (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2006, p. 428), conceituamos o dolo eventual como a “conduta daquele que diz a si mesmo ‘que agüente’, ‘que se incomode’, ‘se acontecer, azar’, ‘não me importo’ [...] O limite entre o dolo eventual e a culpa com representação é um terreno movediço, embora mais no campo processual do que penal”. Diversamente do dolo direto, em que o resultado é querido, como fim ou como consequência necessária do meio escolhido, o dolo eventual possui uma forma de querer diferente, que se manifesta pela aceitação do resultado como possibilidade.

5 Dolo eventual, culpa consciente e acidente de trânsito

O elevado aumento do tráfego no nosso País, o salutar crescimento da produção de nossa indústria automobilística, o acesso ao automóvel por parte das várias classes sociais, tudo isso numa estrutura física inadequada, arcaica até, aliados à irresponsável permissão para que veículos sem condições de segurança trafeguem pelas vias públicas, determinaram a elevação do número de acidentes com vítimas a patamares insuportáveis. Essa incidência levou a mídia e organismos criados em meio a situações emocionais a clamarem por punições mais severas. E da pressão popular advieram, em seguida, os desacertos de decisões e a consequente ruptura com o saber do direito penal. Bem se disse que quando a emoção está no seu máximo, o direito está no seu mínimo. Daí, crimes claramente culposos se convertem em dolosos; o dolo eventual, pela sua imprecisão, substitui a culpa, o *versari in re illicita* volta a ganhar dimensão e, com tais adições, temos a volta da insegurança e da desconfiança em relação à validade do ordenamento jurídico-penal.

Estes aspectos foram ressaltados por dois jovens professores de direito penal: Rogério Greco, de Minas Gerais, e André Luís Callegari, do Rio Grande do Sul. O primeiro, que também é promotor de Justiça em Belo Horizonte, num verdadeiro brado de alerta, escreve:

Muito se tem discutido ultimamente quanto aos chamados delitos de trânsito. Os jornais, quase que diariamente, dão-nos notícias de motoristas que, além de embriagados, dirigem em velocidade excessiva e, em virtude disso, produzem resultados lastimáveis. Em geral, ou causam a morte ou deixam seqüelas gravíssimas em suas vítimas. Em razão do elevado número de casos de delitos ocorridos no trânsito, surgiram em vários Estados da Federação, associações com finalidades de combater esse tipo de criminalidade. O movimento da mídia, exigindo punições mais rígidas, fez com que juízes e promotores passassem a enxergar o delito de trânsito cometido nessas circunstâncias, ou seja, quando houvesse a conjugação da velocidade excessiva com a embriaguez do motorista atropelador como de dolo eventual, tudo por causa de expressão contida na segunda parte do inciso I do art. 18 do Código Penal [...] (GRECO, 2002, p. 198/199)

O segundo, ao se referir a acalorado debate travado entre este subscritor e um magistrado do Estado do Rio Grande do Sul, na mesma direção do nosso pensamento, escreve:

O que pretendemos é que não se distorçam os princípios elementares do Direito Penal no enquadramento da conduta dos causadores destes delitos (por culpa), pois, como recentemente temos escutado, inclusive, em debates no Seminário da Revisão do Decênio da Reforma Penal, realizado em abril do corrente na Universidade Federal do Rio Grande do Sul, é que a conduta e a violência de certos acidentes de trânsito têm reclamado uma resposta da justiça perante a sociedade, ou seja, uma punição mais severa a este tipo de criminalidade. Então, passaríamos a aceitar, em face do clamor social, que o agente embriagado e responsável pela morte ou lesões consideráveis de um número de vítimas respondesse a título de dolo eventual. Em primeiro plano, parece que estaríamos aceitando até mesmo uma responsabilidade objetiva, tudo pela repercussão social que causou o delito cometido pelo agente. Em segundo lugar, demonstrou-

se, claramente, o desconhecimento de elementos fundamentais da Teoria Geral do Crime pelos operadores do direito ou, uma inserção na área legislativa, querendo criar um tipo próprio para acidentes de trânsito mais graves. Se a sociedade clama por uma maior responsabilização dos agentes causadores de mortes ou lesões no trânsito, deve-se mudar a própria lei penal, através do legislativo, que modificaria as sanções e o tratamento dos delitos de trânsito e não através do judiciário [...]. (Revista Brasileira de Ciências Criminais, n. 13, p. 191, jan./mar. 1996)

Para não alongarmos ainda mais o conteúdo deste trabalho, informamos que subscrevemos, *in totum*, tais manifestações. Ainda bem que não estamos sozinhos nessa luta pela preservação do direito penal dentro de sua construção científica, que deve ser preservada a todo custo, sob pena de haver subversão de valores, perda da cientificidade do direito penal e dos estudos e labores de tantos estudiosos, realizados no evoluir da história da humanidade. Mas não podemos ficar nisso.

Em nosso *Manual* já citado (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2006, p. 429), ressaltamos dois importantes e, talvez, decisivos aspectos acerca da problemática que envolve este tema – um de direito penal e outro de direito processual penal –, ao escrevermos:

O limite entre o dolo eventual e a culpa com representação é um terreno movediço, embora mais no campo processual do que no penal. Em nossa ciência, o limite é dado pela aceitação ou rejeição da possibilidade de produção do resultado, e, no campo processual, configura um problema de prova que, em caso de dúvida sobre a aceitação ou rejeição da possibilidade de produção do resultado, imporá ao tribunal a consideração da existência de culpa, em razão do benefício da dúvida: *in dubio pro reo*.

Para se concluir: se no âmbito do direito penal se pode teoricamente, mas com notórias dificuldades, realizar distinção entre dolo eventual e culpa consciente, na prática a diferenciação se torna, quase sempre, questão complexa. Essas dificuldades al-

cançam até mesmo o dolo direto, como ressaltou Basileu Garcia (1948), num caso concreto, quando um automóvel foi utilizado como meio destinado à causação do resultado. O saudoso professor das Arcadas noticiava aos seus alunos na Universidade de São Paulo que “a prova da existência dolo, então (que, na hipótese, era o direto), é das mais difíceis. Na mencionada ocorrência procurou-se identificar o propósito homicida através da certeza, que existiu, de acirrada antipatia que o réu votava ao policial”, que multara o agente por infração de trânsito (ibidem, p. 33). A hipótese era de homicídio cometido mediante atropelamento, qualificado pelo seu motivo, a vingança.

Nessa mesma linha de pensamento, agora em relação ao dolo eventual, diz Welzel (ibidem, p. 101-102) que “la razón de esta dificultad está en que el querer es fenómeno anímico originário-último, que no puede ser reducido a otros procesos anímicos – ni emocionales, ni intelectuales – y que por ello solo puede ser circunscrito pero no propiamente definido”.

Parece-nos que não se pode deixar de incluir neste trabalho uma observação acerca do conteúdo do Código de Trânsito brasileiro. Diversamente do que ocorre em outras legislações, nosso Código passou a regular as infrações penais ocorridas em meio ao trânsito, delitos que têm sido impropriamente denominados delitos do automóvel, quando, sabidamente, o automóvel é incapaz de conduta. Construído o tipo da pior maneira possível, sem definir nada, criou-se proibição aparentemente elaborada por leigos. O legislador, conduzido pela comoção social, nessa lei penal especial elevou a pena para o homicídio e as lesões corporais culposas (arts. 302 e 303 da Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997). O legislador, portanto, atendeu aos reclamos da mídia, elevando a pena para o homicídio culposo tanto no seu mínimo (de um para dois anos de detenção), como no seu máximo (de dois para quatro anos de detenção). E por se tratar lei penal especial, é de ser aplicável a todos os fatos delituosos ocorridos em meio ao trânsito. *Lex specialis derogat legi generali*.

Conclusões

a) A diferenciação entre a culpa consciente e o dolo eventual, segundo a doutrina moderna, encontra-se no *animus*. Por conseguinte, essa diferença deve ser buscada no âmago da pessoa, de difícil aces-

so. A culpa consciente e o dolo eventual constituem fenômenos anímicos que, no dizer de Welzel, não podem ser propriamente definidos. Nosso Código, tanto na sua versão original como na de 1984, optou pela teoria do assentimento ou do consentimento que, no dizer de Baumann, é a única que pode oferecer parâmetros mais seguros para uma solução ante a um caso concreto. Mas mesmo essa teoria, hoje em flagrante desprestígio pela sua exagerada amplitude, pode levar à responsabilidade sem culpa, ou seja, à admissibilidade da responsabilidade objetiva, ao exigir para o reconhecimento do dolo eventual apenas a comprovação de ter o autor aprovado o resultado estimado como possível (ou provável) e, no caso concreto, estar de acordo com ele (BAUMANN, 1973, p. 240). Realmente, a prova do elemento subjetivo quase sempre se converte em tarefa extremamente difícil, quase impossível; porém essa dificuldade não pode levar nunca à aceitação de uma presunção (dolo e culpa nunca se presumem) com característica de *probatio diabolica*, recepcionada por algumas decisões judiciais em nosso País, num posicionamento que destroça toda a teoria do delito.

Para a teoria do delito será sempre indispensável “a comprovação de um nexo de causalidade psicológica entre a ação e o evento” (MAGGIORE, op. cit., p. 1/462). Não se pode esquecer que, aqui, considera-se o desvalor da ação e não o desvalor do resultado, e que o desvalor da conduta é aferido por intermédio da capacidade do causador em ajustar-se à norma de cuidado (JESCHECK, op. cit., p. 232/233). Em estado de embriaguez não pré-ordenada, quando é examinada a questão, vislumbra-se que um comportamento censurável causador de um resultado lesivo – a ser examinado *ex-ante* –, exclui o dolo eventual e leva o fato para o campo da culpa gravíssima. Esta, sabidamente, no direito ibérico denomina-se *culpa temerária*, lugar onde se inclui a culpa consciente, tal como faz Juan Cordoba Roda, nas adições da tradução para o espanhol da obra de Reinhart Maurach (1962, t. I, p. 319).

Temos para nós que todas as dificuldades apontadas já no desenvolvimento deste trabalho enfatizam o enorme risco que envolve o julgador ao fazer, no caso concreto, sua opção pelo dolo eventual. Isto bem observou o desembargador Euclides Custódio da Silveira (1959, p. 60), antigo professor da

Pontifícia Universidade Católica/SP, ao recomendar que o julgador atue com as *devidas cautelas* e, na dúvida, opte pela solução mais benigna. Sabe-se que para o julgador sempre sobrar, no caso concreto, a opção pela culpa consciente. Sob certa visualização pode-se afirmar que a doutrina, ao criar a teoria da culpa consciente, aproximou-a do dolo eventual e agora tem dificuldades em diferenciá-los a fim de afastar a imprecisão e a insegurança jurídica criadas.

As teorias formuladas, com enfoques ora próximos, ora distantes, não conseguem resolver todos os problemas, alguns até criados por elas próprias. No entanto, isso não impede que se continue a buscar soluções adequadas, porque nenhuma ciência pode estagnar-se. Deve-se continuar buscando a resolução desse angustiante e complexo problema.

b) Cremos que o desenvolvimento deste trabalho esclarece suficientemente as dificuldades postas pela doutrina na elaboração da distinção entre culpa consciente e dolo eventual. Não obstante, acrescentamos que em se tratando de acidente automobilístico as dificuldades são quase insuperáveis; mesmo quando se trata do chamado “racha”, a solução não nos parece ser tão simplista. Sempre se exigirá o elemento volitivo, isto é, o assentimento na possível produção de um resultado lesivo. Todavia, muitos assim não pensam, partidários que são de um direito penal *crucifixador*, extremamente punitivo, na vã convicção de que a pena soluciona todos os problemas sociais. São os defensores do movimento da *lei e da ordem*, de triste memória, pelos nefastos efeitos que produziu.

Uma palavra sobre a conduta de dirigir embriagado. A embriaguez não é somente um problema social, mas também um complexo problema jurídico. As soluções são diferenciadas nas legislações. Temos para nós que atribuir responsabilidade penal ao motorista causador de um acidente, fundada apenas e tão-somente na embriaguez e na velocidade excessiva, constitui uma indisfarçável adoção da responsabilidade objetiva. Uma opção pela responsabilidade penal em razão do evento passa, no nosso entendimento, pela inequívoca aceitação de um comportamento anímico de comprovação quase impossível, ou por uma embriaguez pré-ordenada. Mas nesta última hipótese, de *actio libera in causa*, já nos encontramos no terreno do dolo direto; na segunda, de uma confissão que no nosso direito é

sempre insuficiente para uma condenação. Válida a observação de André Luís Callegari, de “que não será a embriaguez, o número de vítimas ou excesso de velocidade, entre outros motivos, que delinearão a imputação ao acusado, mas tão-somente, o seu consentimento para a produção ou não do resultado típico” (*Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 13, p. 197, jan./mar. 1996).

Em outro trabalho, André Luís Callegari (2001, p. 167-168) escreve:

[O] nosso Direito Penal é o da culpabilidade e culpabilidade nada mais é do que censurabilidade, reprovabilidade, juízo de pura censura e reprovação sobre a conduta do réu. Então, quanto mais censurável for a conduta do réu (embriaguez, excesso de velocidade, número de vítimas), maior poderá ser a reprimenda penal imposta pelo juiz ao aplicar a pena, dentro do delito culposos, ou seja, se a conduta do réu for extremamente censurável, aplica-se a pena máxima do delito culposos, não se falando, neste caso, em dolo eventual. A pena aplicada é a do delito culposos, devendo ser dosada de acordo com a culpabilidade do acusado.

Rogério Greco (2002, p. 201) afirma, com acerto, que em tais pressupostos só muito raramente se pode vislumbrar a ocorrência de um delito de crimes de trânsito, e que “não é pela conjugação da embriaguez com a velocidade excessiva que se pode chegar a essa conclusão, mas sim levando-se em consideração o seu elemento anímico”. O penalista mineiro faz uma ilustração muito elucidativo para explicitar sua conclusão:

Imagine o exemplo daquele que, durante a comemoração de suas bodas de prata, bebe excessivamente e, com isso, se embriaga. Encerrada a festividade, o agente, justamente com a sua esposa e três filhos, resolve voltar rapidamente para a sua residência, pois que queria assistir a uma partida de futebol que seria transmitida pela televisão. Completamente embriagado, dirige em velocidade excessiva a fim de chegar a tempo para assistir ao início do jogo. Em razão do seu estado de embriaguez, conjugado com a velocidade ex-

cessiva que imprimia em seu veículo, colide o seu automóvel com um outro e com isso causa a morte de toda a sua família. Pergunta-se: Será que o agente, embora dirigindo embriagado e em velocidade excessiva, não se importava com a ocorrência dos resultados? É claro que se importava”. (Ibidem, p. 200)

Excluída a possibilidade da concessão do perdão judicial, plausível na hipótese noticiada, tudo o mais do exemplo é aproveitável para todas as situações assemelhadas.

c) Sempre sustentamos difícil a ocorrência de crime doloso no trânsito, mas isso não é impossível, quando o automóvel ou máquina similar é utilizado como meio para a prática de um delito. Também é possível ser o delito cometido por meio de embriaguez pré-ordenada, isto é, numa hipótese de *actio libera in causa*, mas tanto uma como outra são hipóteses de perpetração do delito com dolo direto, abrindo situações quase sempre alimentadas pela vingança ou por outro motivo torpe. A hipótese de homicídio cometido mediante dolo eventual é, além de rara, como informa a doutrina, de difícil comprovação. Como já escrevemos com Zaffaroni em nosso *Manual* (op. cit., p. 429),

[...] o limite entre o dolo eventual e a culpa com representação é um terreno movediço, embora mais no campo processual do que no penal. Em nossa ciência, o limite é dado pela aceitação ou rejeição da possibilidade de produção do resultado, e no campo processual, configura um problema de prova [...]

Mas não é só. Ao decidir pela forma dolosa, o juiz se sobrepõe ao Poder Legislativo, passando a legislar. Quando não, recorre à analogia *in malam partem*, inadmissível num Estado de Direito; como estimamos ser o nosso. Atua o juiz, portanto, em tais situações arbitrariamente, isto é, com eivas de inconstitucionalidade.

Acórdão de julgamento processado pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais, em que foi relator o desembargador Kelsen Carneiro, decidiu:

O Judiciário não pode, usurpando as funções do Poder Legislativo e com afronta à inde-

pendência e harmonia entre os Poderes, transformar o que é, e sempre foi, crime culposos em crime doloso, mediante dolo eventual, apenas em função da repercussão e clamor popular causados pelo fato. Ao juiz não é dado modificar a lei, mas sim aplicá-la (TJMG - Rel. Des. Kelsen Carneiro, JM 147/424).

Acrescentamos que ao juiz não é dado fugir à responsabilidade de um julgamento, atirando-a aos jurados, lavando suas mãos na pia do conflito emocional.

Como toda decisão em situações deve se fundamentar na dogmática, julgamento no sentido da admissibilidade do dolo eventual em típica situação de culpa rompe totalmente com o direito penal científico, ou saber penal, construção de séculos de meditação e estudos. A busca por uma punição mais gravosa já foi atendida, com a edição do novo Código de Trânsito, com penas mais severas do que aquelas previstas pelo Código Penal e temos para nós que, na hipótese da consulta, a lei especial é aquela que deve ser aplicada. Ademais, ao elevar a pena para delitos que ocorrem em meio ao trânsito, sem fazer clara opção, aproximou-se o legislador patricio dos códigos penais modernos, como os da Espanha, Alemanha e Portugal, passando a punir esses delitos mais gravosamente, considerando-os como espécie de culpa gravíssima ou culpa temerária. Não paira dúvida de que, com essa providência, o nosso legislador estendeu o conceito de culpa, intensificando-o. Como escreve Selma Pereira de Santana (2005, p. 237), com apoio em Jorge de Figueiredo Dias, na culpa temerária, o causador, "não omitindo a conduta, revelou uma atitude particularmente censurável de leviandade ou descuido perante o comando jurídico-penal, [...] plasmando no facto qualidades particularmente censuráveis de irresponsabilidade e insensatez".

d) Se, numa hipótese concreta, diante da situação criada, o causador do evento procura alertar outros participantes no trânsito acerca da situação de perigo em que ambos se encontram, por exemplo, piscando incessantemente os faróis, tal circunstância, em princípio, afasta a possibilidade de dolo, mantendo-se concretamente a culpa, ou seja, manifesta-se uma clara situação de perigo com um resultado previsível. Por outras palavras, conduta em tal

direção repudia claramente a ocorrência de um evento lesivo, pelo menos a título de dolo eventual. Se a culpa consciente, consoante a dogmática, diferencia-se do dolo eventual pela não aceitação do resultado excepcionalmente previsto, e a culpa inconsciente se caracteriza pela falta de previsão do previsível, um evento conformado por tais circunstâncias conduz a uma só e solitária solução jurídica: a da existência de crime culposos.

e) A doutrina e o bom senso indicam que em caso de dúvida, deve-se fazer a opção pela culpa consciente, que é a mais benevolente e também a menos estigmatizadora. Na incerteza, portanto, a prudência recomenda uma solução de menor componente punitivo.

PIERANGELI, J. H. Traffic fatalities: conscious negligence or recklessness? *Rev. Justitia (São Paulo)*, v. 197, p. 47-63, jul./dez. 2007.

• **ABSTRACT:** An article based on a legal opinion which was requested from us. In the article, as in the opinion, the following issues are discussed: a) What is the difference between conscious negligence and recklessness according to the current literature? b) Can the distinction between conscious negligence and recklessness be easily done in an actual case? c) Does driving against the traffic figures in itself a voluntary or involuntary homicide? d) What is the meaning of the act of a driver who flashes the headlights when he perceives the possibility of an accident? e) What should be the judge's option in case of doubt concerning the subjective element? There are also a few supplemental additions.

• **KEYWORDS:** Traffic accident. Conscious negligence. Recklessness. Theory of probability. Theory of consent.

Referências bibliográficas

BACIGALUPO, Enrique. *Principios de Derecho Penal Español (el hecho punible)*. Madrid: Akal Iure, 1985. BAUMANN, Jürgen. *Derecho Penal* – conceptos fundamentales y sistema. Tradução castelhana de Conrado A. Finzi, Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1973. BRUNO, Aníbal. *Derecho Penal* – parte geral (fato punível). Rio de Janeiro: Forense, 1959. Tomo 2.

BUSCH, Richard. *Modernas transformaciones en la teoría del delito*. Bogotá: Editorial Temis, 1980.

CALLEGARI, André Luís. *Imputação objetiva* – lavagem de dinheiro e outros temas do direito penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, n. 13, jan./mar. 1996. Publicação oficial do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, Editora Revista dos Tribunais.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Curso de Direito Penal* – parte geral. São Paulo: Saraiva, 1991. v. I.

GRAF ZU DOHNA, Alexander. *La estructura de la teoría del delito*. Tradução castelhana de Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1958.

ENGISCH, Karl. *Wahrheit und Richtigkeit im juristischen Denken*. München: Max Huber, 1963.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa*. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.

GARCIA, Basileu. Apostilas do 3º ano da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, ano letivo de 1948.

GOESSEL, Karl-Heinz. *Dos estudios sobre la teoría del delito*. Bogotá: Temis, 1984. GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal* – parte geral. Rio de Janeiro: Impetus, 2002.

HASSEMER, Winfried. *Fundamentos del Derecho Penal*. Tradução espanhola de Francisco Muñoz Conde e Luis Arroyo Zapatero. Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1984.

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1955. Tomo 2.

JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal*. Tradução espanhola de S. Mir Puig e F. Muñoz Conde. Barcelona: Bosch, 1981. Tomo II.

MAGGIORE, Giuseppe. *Diritto Penale* – parte generale. Bolonha: Nicola Zanichelli, 1949. Tomo primo, v. 1.

MANTOVANI, Ferrando. *Diritto Penale* – parte generale. Padova: CEDAM Editrice, 1995.

MAURACH, Reinhart. *Tratado de Derecho Penal*. Tradução espanhola de Juan Córdoba Roda, Barcelona: Ariel, 1962. Tomo I.

MEZGER, Edmundo. *Tratado de Derecho Penal*. Tradução espanhola de José Arturo Rodríguez Muñoz. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1949. Tomo II.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Teoría general del delito*. Bogotá: Editorial Temis, 1984.

NORONHA, E. Magalhães. *Do crime culposos*. São Paulo: Saraiva, 1966.

ORDEIG, Enrique Gimbernát. *Tiene futuro la dogmática juridicopenal?* Bogotá: Editorial Temis, 1983.

_____. *Introducción a la parte general del Derecho Penal español*. Madrid, 1979.

PAGLIARO, Antonio. *Principi di Diritto Penale* – parte generale. Milano: Giuffrè Editores, 1972.

PEDROSO, Fernando Almeida. *Derecho Penal*. São Paulo: Leud, 1993.

PIERANGELI, José Henrique. *Escritos jurídico-penais*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

PUIG PEÑA, Federico. *Derecho Penal* – parte general. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1968.

_____. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1969. Tomo I.

RIPOLLÉS, Antonio Quintano. *Derecho penal de la culpa (imprudencia)*. Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1958.

RODRÍGUEZ DEVESEA, José María; SERRANO GÓMEZ, Alfonso. *Derecho Penal Español* – parte general. Madrid: Dykinson, 1993.

ROXIN, Claus. *Täterschaft und Tatherrschaft*. 2. ed. Hamburg: Cram, de Gruyter & Co, 1967.

SANTANA, Selma Pereira de. *A culpa temerária: contributo para uma construção no direito penal brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Derecho Penal (a nova parte geral)*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1985.

SILVEIRA, Euclides Custódio da. *Derecho Penal (crimes contra a pessoa)*. São Paulo: Max Limonad, 1959.

TAVARES, Juarez. *A conduta ilícita* – fundamentos para uma teoria do injusto penal. Tese (curso para titularidade) – Universidade Estadual do Rio de Janeiro, 1999.

WELZEL, Hans. *Derecho Penal Aleman*. Tradução espanhola de Juan Bustos Ramírez e Sergio Yáñez Pérez. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1976.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de Derecho Penal* – parte general. Buenos Aires: Ediar, 1981. Tomo 3.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal brasileiro* – parte geral. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.